

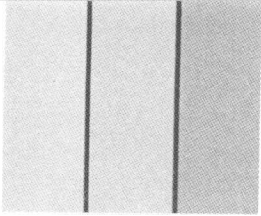
Comparative Research  
on Design of Structure of The Civil Code

# 民法典结构设计 比较研究

陈小君 等/著



法律出版社  
LAW PRESS • CHINA



Comparative Research  
on Design of Structure of The Civil Code

# 民法典结构设计 比较研究



法律出版社  
LAW PRESS • CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

民法典结构设计比较研究 / 陈小君等著. —北京:  
法律出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1188 - 2

I. ①民… II. ①陈… III. ①民法—法典—研究—中  
国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 175604 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/25.75 字数/466 千

版本/2011 年 1 月第 1 版

印次/2011 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1188 - 2

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 前 言

陈小君

“……我法之不善者当去之，当去而不去，是之为悖！彼法之善者当取之，当取而不取，是之为愚！”

——沈家本

—

民法规定或者民法法条以何种形式组合在一起，是民法的整体结构问题，是形式民法的重大课题之一。现代民法外在形式表现为民法典，民法典作为实质民法的外在表现，滥觞于罗马优士丁尼的《民法大全》，后经理性法学家将自然科学的原理引入法典编纂，理性法与启蒙运动联姻，1804年产生了近代第一部标志性的民法典——《法国民法典》。而后，在德国，继历史法学之后，概念法学获得极大发展，1900年《德国民法典》作为其直接产物，彪炳史册。至此，民法体系化登峰造极，对后世影响深远。20世纪以来的民法法典化运动如火如荼，1942年的新《意大利民法典》、1992年的新《荷兰民法典》、1994年的《俄罗斯民法典》等层出不穷，民法典已成实质民法的最主要载体。亦由此，对民法典的构造技术——民法典的结构研究成为了民法学研究中的一门“显学”。中国民法典正在逐步分编起草的过程中，虽然目前采取“成熟一个（编），发展一个（编）”的逐步推进的方式，但其终有一日必定面临民法典的整体结构设计问题。

法律是一门科学吗？这虽然是一个亘古长青的疑问，但是作为民法学人，我们应持肯定态度，概因，就民法而言，其中心场域是制度的、是分析的，实质民法是一系列裁判规则的集体。康德教导我们，体系是复杂多样的知识科学化。民法法典化（体系化）就是如何将这一裁判规则形成内在协调、外在匀称的系统，并且，由于民法学的努力，通过概念的形成和体系的建构，这一系统具备了涵摄具体事实的功能，从而使得这一系统成为一种推理的工具，亦即一种民事

裁判的推理规则。如是,体系化后的形式民法——民法典,作为一种民法科学、一种法技术构造,一定程度上实现韦伯意义上的“价值无涉”,她超越了具体的时空,历经罗马帝国的繁荣与衰落、法国数次政权的更迭、德意志帝国战车的碾轧、古老的中国和日本的现代化变革……依然涛声依旧,印证了“政治逝矣、民法长存”!在当下的中国,在中国民法典的起草进程中,我们应坚持民法典的体系化是一种法律科学,应该“认真对待中国民法典的结构”。此因中国民法缺乏分析法学的传统,概念法学亦在中国先天不足,又在其未得到充分发育的境况下被矫枉过正。也只有这样,才能在科学的层面上来讨论这一问题,从而排除其他因素的干扰。

当然,在进行民法体系化的研究时,我们必不能忽略在概念法学构建民法体系伊始的时候就遭致的各种批评。恩吉斯认为“公理式演绎的方法在法学中绝不可行”,埃塞尔倾向于判例法及“问题思考”,科因主张法律体系必须保持开放性,卡纳利斯认为法律体系不可能是逻辑的而是评价的……当代法理学也指出,法学很大程度上只是理解的学问,是有限的,并不能像计算机那样精确,用完全形式逻辑来代替法伦理是存在问题的。这些对概念法学家典体系的批评,是我们进行民法典结构研究的智识基础的一部分。但正如“真理常常处于中间位置”一样,民法在各个时代所处的状态基本上由两种因素决定:一是法律科学的传统,它脱离于政治而创造性地发展;二是各个制度的预先设定和社会生活的变迁。确实,法典体系应当保持一定程度的开放性和兼容性,应该具有一定的评价性,亦应该为法官造法和法学的发展预留一定的空间。

## 二

民法典的结构研究应当诉诸比较法,比较法作为一所“真理的学校”,是“解决办法的仓库”。一般而言,比较法是在各种法秩序的实质与形式的联系上,揭示各种法律秩序在形态学上的特征及相互间在类型学上的亲缘性。进一步深思,比较法主要是研究各种法律秩序中可比较的制度和解决问题的办法,是一门以认识和完善法制为目的的科学。比较法意味着法制的国际对话,意味着观点的逐渐接近,意味着同不幸的自我高估诀别,意味着使我们认识在个别分歧之上存在巨大的共同性,并从而使我们对于一元正义思想的存在坚定信仰。

纵观世界立法史,追求高质量的立法者都有采用比较法的偏好。相传,《十二表法》就是对希腊各城邦国家法进行比较的产物。在德国,自19世纪下半叶以来,立法者依靠广泛的比较法研究作为立法的准备工作。他们不仅考虑德国各邦的法律,在莱茵区使用的法国法,还包括荷兰法、瑞士法和奥地利法。自“二战”以来,不管是刑法改革、家庭法改革,还是商事代理法、公司法、反垄断法修改,没有一部伟大的立法不是或多或少地进行过比较法的研究。在欧洲

大陆,众多的个别的立法之间皆存在众多的一致性。即使在英美,在重大法律修改时,亦要对其他各国的想法和经验进行广泛的调研。并且,随着全球一体化进程的加速,现代的立法与其说是以某一法系为模式,毋宁说是在某种程度上以比较法的方式折中来完成的。

中国民法典采用何种体系历来争议较大,有德国模式、法国模式、英美模式、邦联模式,还有自己的本土模式等,各种方案不一而足,皆具某种意义上的合理性。于是,对于中国民法典的结构选择似乎变得难以决断,些许彷徨、些许惆怅皆笼罩在中国民法学人的头上。于此,诉诸比较法似乎是一种较为理想、可行的路径。通过专门的、深入的探究各范式民法典的结构,析其精义、究其法理,为中国民法典的结构设计提供智识上的准备,当为一种切合实际的、积极的研究方向。当然,在进行比较研究的同时,我们亦不能无视我们既成的法律传统和现行的法律制度设计。立法是理想和现实的统一事业,我们的研究是为了寻求一种为当下所能接受的方案,运用哈贝马斯的“商谈理论”,从而使各方在此问题上达成一种“理性的沟通”,实现妥协和折中。

### 三

本书是中南财经政法大学民商法典研究所所承担、由我主持的国家社科基金资助项目课题“中国民法典结构比较研究”(批准号:02BFX02)的最终成果。长期以来,中南财经政法大学民商法典研究所都积极参与民法典的研究工作,并在国内享有盛誉。近年来,我与课题组成员围绕民法典的结构设计这一主题,对传统民法典进行了化整为零式的研究,即由不同的课题组成员负责不同的部分进行尽可能的广泛研究:《比较法视野下的中国民法典体系》统领全局,在吸收其他各研究成果的基础上,经过认真比较、反思,对未来中国民法典的整体结构作出了宏观上的规划;《我国民法典:序编还是总则》指出我国民法典应设立实质序编,即小总则,可引发一些新的思考;《略论德国民法潘德克吞体系的形成》对德国潘德克吞体系溯源,进而解析这一体系的优缺点以及进行借鉴的合理性问题;《论民法渊源——以我国民事立法和理论为中心》从法哲学角度出发,站在法治的高度之上,通过运用整体的方法和比较法的方法,针对我国民事立法中关于民法渊源的规定和学者们的不同观点进行深入探讨;《人身关系六题》通过与徐国栋教授商榷,澄清了人身关系中的众多概念,为人身关系的立法作了良好的理论铺垫;《人格权的两种基本理论模式与中国的人格权立法》通过厘清一般人格权和具体人格权在西方法学语境中的特殊内涵,指出人格权在不同的历史环境中产生的两种基本理论模式,进而在理论上为我国人格权立法提供了指向;《法人人格权的基本理论问题探析》认为承认法人人格权具有立法政策判断上的妥当性,对保护自然人的人格具有工具性的价值,并提

出了法人人格权的立法框架;《论我国家庭法立法体例的选择》分析了世界各范式民法典家庭法的立法体系,提出了民法典中家庭法设计的方案,一定程度上填补了目前国内研究的空白;《各国民法典继承编体系之比较》以比较法为纲,提出了民法典继承编结构的设计构想,为国内研究所鲜见;《物权法体系构造之若干问题探讨》以对物权为上位概念构建了物权、准物权和无形财产权三位一体的逻辑体系,并借功能性构造方法,就用益物权的类型体系作了示例性的建构,方法独特,立意深远;《民法典视野下的所有权体系研究——以海峡两岸所有权体系比较为线索》以我国物权法颁布和台湾地区物权编修正为契机,就两者在所有权体系构建中的制度和理念差异进行了深入探讨;《西欧农地制度概论》对在欧洲农地立法中具有典型意义的法国、德国和意大利三国的农地制度——包括农地权属、农地租赁以及农地保护等方面——进行考察,对我国的农地立法具有一定的借鉴意义;《论未来中国民法典债法编的结构设计》和《民法典债法体系之建构》分别就债法编的结构设计从比较法的角度提出了自己的见解,两篇文章风格各异,交相辉映;《论侵权行为法的独立》详细论证了侵权行为法应独立成编的理由;《知识产权立法体例与民法典编纂》从历史、现实及法理等多维度论证了知识产权不应纳入民法典中,澄清了人们关于这一问题的诸多误解;译文《思考一部新民法典》、《关于欧洲民法典编纂的短论》、《意大利的私法体系之概观》、《关于中国民法典编纂问题的提问与回答——以民法典的结构体例为中心》、《第三个千年之中的民法典编纂:对法律史与立法政策的反思》、《关于智利民法典重新编纂的一些思考》以及《回到法典编纂——从计划经济向市场经济转轨的前苏联和东欧国家的民法典编纂之考察》则进一步通过横向(国别)比较和纵向(历史)比较,为我国未来民法典的编纂提供借鉴;如果将上述研究成果视为民法典结构设计的立法理由书的话,那么本书结尾处的《民法典大纲》(建议稿)则可视作未来民法典的框架。在这份建议稿中,我们设计了未来民法典的各编、章、节,是为本课题的最终研究成果。

需要指出的是,我们并不刻意追求各成员观点的完全一致,而是在整个研究中呈现一个开放的态度,这也正如民法典的体系应呈开放性一样。也只有这样,我们认为才是最真实的研究。因为,如果在对待民法典的结构这样一个宏大的研究上,要求如此之多的研究者在每一个问题上都达成一致,几乎是不可能的。为此,我们保留了每位研究者自己的观点和风格。当然,最后我们形成了一个结论性的意见,这个意见也只是一个框架性的民法典纲要。关于各个部分的具体论证,还是要参照各分编结构的研究成果。我们期待着这样一种开放的研究能为中国将来民法典制定的机构设计上提供智识上的支持,也期待学术界对我们的研究多多批评。为此,我们也展望未来,盼望学术界投入更多的激情来研究这一问题。

# 目录

## Content

|                       |      |
|-----------------------|------|
| 前言                    | /1   |
| 比较法视野下的中国民法典体系        | /1   |
| 我国民法典:序编还是总则          | /14  |
| 略论德国民法潘德克吞体系的形成       | /28  |
| 论民法的渊源                |      |
| ——以我国民事立法和理论为中心       | /54  |
| 人身关系六题                |      |
| ——与徐国栋先生商榷            | /100 |
| 人格权的两种基本理论模式与中国的人格权立法 | /112 |
| 法人人格权的基本理论问题探析        | /130 |
| 论我国家庭法立法体例的选择         | /140 |
| 民法典继承编体系之比较           | /157 |
| 物权法体系构造之若干问题探讨        | /187 |
| 民法典视野下的所有权体系研究        |      |
| ——以海峡两岸所有权体系比较为线索     | /200 |
| 西欧农地制度略论              | /218 |
| 论未来中国民法典债法编的结构设计      | /227 |
| 民法典债法体系之建构            |      |
| ——兼论我国未来民法典债法结构之设计    | /239 |
| 论侵权行为法的独立             | /291 |
| 知识产权立法体例与民法典编纂        | /306 |
| 思考一部新民法典(译文)          | /323 |
| 关于欧洲民法典编纂的短论(译文)      | /330 |
| 意大利的私法体系之概观(译文)       | /333 |
| 关于中国民法典编纂问题的提问与回答(译文) |      |
| ——以民法典的结构体例为中心        | /347 |



## 2 目 录

|                                 |      |
|---------------------------------|------|
| 第三个千年之中的民法典编纂:对法律史与立法政策的反思(译文)  | /367 |
| 关于智利民法典重新编纂的一些思考(译文)            | /377 |
| 回到法典编纂(译文)                      |      |
| ——从计划经济向市场经济转轨的苏联和东欧国家的民法典编纂之考察 | /385 |
| 民法典大纲(建议稿)                      | /398 |

## 比较法视野下的中国民法典体系

陈小君 徐涤宇

随着民法理论研究的渐趋成熟和司法实务的不断深入,制定一部科学、完善的民法典的呼声也日益高涨。在这么一个崭新的时代里,我们对中国民法典的品位和实效寄予厚望。去除浮华,远离喧嚣,我们应该对民法典密切相关的问题作一番宏观而深刻的考察和冷静而细致的思索。法典体系化的意义、可资借鉴的法典模式以及我们应如何扬精弃粗、推陈出新,这一系列耐人寻味的问题必须得到令人满意的回答。法典的体系化究竟具有何种重大的意义呢?从形而下的层面上来说,将使得民事法律规范变得更加有条理以致整体上呈现出严谨、明晰、紧凑的风貌,从形而上的层面上来说,则可以如实地反映我国的法学研究水准,切实贴近我国的社会经济发展实况,并高屋建瓴地以前瞻性姿态放眼未来引领时潮。对于世界范围内林林总总的既存立法范例,它们或反映了其所立足的具体历史语境下的社会诉求,或体现了其所依附的特定本土资源中的个殊取向,我们必须进行纵横交错的比较和鞭辟入里的分析,并由历史追问和现实反思得到启迪,以期在准确的自我定位的基础上博采众家,铸就自我。下面试就以上问题进行详尽论述。

### 一、法典体系之价值

在某种意义上讲,任何当代史都是历史的复写。就当下问题的探讨无法割断历史的脐脉,因此本文仍将以历史为话语参照而展开论述。追溯法典体系化之渊源,就无法逾越罗马法这座历史高峰。早在公元前1世纪,西塞罗就指出:“……人们开始使用哲学家们自认为最擅长运用的从逻辑学原理中推导出来的技巧。正是使用了这一技巧。才得以使那些散失了的、混乱无序的材料合理地、有机地重新汇集编排在一起。”<sup>〔1〕</sup>而《优士丁尼法学阶梯》忠实地执行了该计划。此后,随着近代自然法法典编纂运动的成功开展,继之以历史法学派

〔1〕 转引自〔意〕桑德罗·斯奇巴尼:“法学研究方法以及对古罗马法学著作和近现代法典结构体系中若干问题的思考”,丁玫译,载《比较法研究》(第8卷,1994年第2期),第209页。

和潘德克吞法学对系统化方法的发展和深化,法典的编纂工作一直在大陆法系各国如雨后春笋般出现。古罗马人在创就一系列光辉灿烂的法律制度的同时,不忘对其丰富的法律资源进行编纂和整合,从而创立了人一物一诉讼的基本格局。尽管从今人目光来检视,这种体例有失粗糙、流于混杂,并且很难谓之现代意义上的法典体系,但它毕竟为后世法典编纂开创了先河。当然,鉴于时代的差异,加之后人对罗马法律文化的传承,此处不作详探,而是主要地以近现代以降作为话语背景。

自文艺复兴伊始,以启蒙运动和理性法所确立的信念为基础的近代自然法法典编纂运动在资本主义世界如火如荼地展开。在这种信念下,一种按理性主义所构建的社会生活秩序的基础,被认为或许可以一种全面的法律规则的新秩序予以有目的地奠定。<sup>[1]</sup>基于此种信念,18世纪末叶以来所谓“自然法法典编纂”之后产生的各种法典,与此前的那些将现有法律资源加以集成和改造的所谓“罗马法复兴”已经大异其趣了,而是一种具有超越式的、反映全新的社会设计图景的法典。这种法典以自然法为基础,从其本义衍生和逻辑推论而出的观点出发,取向明确而颇具匠心地编纂而成的。令人耳目一新的是,自然法理论摒弃了那种皓首穷经、食古不化的经院式方法,把法的系统化提升到颇高的程度;它以科学为榜样,以一种蕴涵公理的、完全合乎逻辑的手法自主地表达它的法律观。<sup>[2]</sup>莱布尼茨曾经设想将普通罗马法与简练、系统的理性法珠联璧合,从而实现完美的法典化。<sup>[3]</sup>此后的理性法学派则更进一步,以类似数学的定理和共同的高级概念为中介将各法律命题结合起来,以精准的逻辑演绎为手段,试图达到比肩自然科学的逻辑性体系。<sup>[4]</sup>这一理论在欧洲影响深远,尽管理性法在法国的市场无法与德国相提并论,但是法国民法典所代表的法学阶梯式编纂模式,在体系观念上仍然难以抗拒其诱惑。<sup>[5]</sup>智力的爆发导致文化的昌明,在普世情怀和永恒正义的鼓舞下,自然法理论坚信:体系的价值或者说意义在于为“力求公布一部一切时代与所有各族人民所共有的、不变的、普遍适

[1] [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第161页。

[2] 参见[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第44页。

[3] 参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第36页。为此,莱布尼茨提出了几何学法学的概念,并建立了法条的语法结构理论,使从一种全新的角度对既有的法律体系进行整理成为可能。请参见徐国栋:“民法典草案的基本结构”之注释8,载《法学研究》2000年第1期。

[4] 参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第192页。

[5] 转引自徐涤宇:“范式民法典与中国民法典的制定”,载梁慧星主编《民商法论丛》(第17卷),金桥文化出版(香港)有限公司2000年版。

用的法的正义规定”,<sup>[1]</sup>并在理论上提供实现的可操作性。事实上,这一理想在学理和立法中的确得到了不同程度的实现,成为当时遍及欧洲的法典编纂活动的精神源泉。

德国的法典编纂运动为其适例。潘德克吞法学在扬弃理性法理论的基础上,继承萨维尼从理性法理论中形成概念和体系的方法,以罗马法作为分析的原始素材,通过继承其实体的社会伦理价值,为其理论奠定了坚实的基础。<sup>[2]</sup>《德国民法典》和《瑞士民法典》显然是该学派理论在立法上的实践之作,成功地实现了形式和实质的完美结合,尤其令人叹服的是体系的逻辑严密性和概念的精准性。当然,法典化运动的动因不仅仅来自自然法或理性法理论的影响,法典本身对体系化和逻辑性的追求以及这一目标在不同程度上的实现,不能不说是其魅力所在。

法典体系为何具有如此令人心醉神迷的魅力呢?诚如学者所言,原则上法律规范不可能单独存在,它总是存在于一个规范体系中。法律规定的内容也不可任意设定,因为它必须符合既定的法律规范体系中的法律逻辑原理,换言之,法律的实质内容和外在形式相互依存。法典法的这些特征保证了法律规范对于普遍性、全面性、客观性的要求。它以人类认识事物的一般规律来组织法律——即从一定的原则、概念出发,借助逻辑推理来认识理解法律,从而再次提高了法律的可接近性。<sup>[3]</sup>可以说,法典体系化的根本价值即在于此。

## 二、范式法典之源流

长期以来,几成共识的是:法典编纂模式有两种取向——法学阶梯式和潘德克吞式。这种看法拘泥于两种编纂模式的外在结构区别,却忽视了二者在体系化之方法上的异曲同工之处。其实它们都运用了肇端于古希腊哲学中的具有辩证推理的逻辑方法,只是运用具有辩证推理性质的逻辑方法对法律体系进行构建,对其理解因时而异,而据以分析的材料因人而异,所以导致了不同结构的法律体系的出现。罗马法学家在公元前2世纪和1世纪引进希腊辩证推理,首先试图按照种属模式系统化地将罗马法予以划分,并创造出适用于具体案件的一般规则。耐人寻味的是,当时著名的法学家穆修斯·斯凯沃拉在其民法著

[1] 参见[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第44页。

[2] 参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第197页。

[3] 参见薛军:“民法典编纂的若干理论问题研究”,载《清华法律评论》(第二辑),清华大学出版社1999年版,第166~167页。

述中,就颇具匠心地将民法划分为四个主要分支:继承法、人法、物法、债法。<sup>〔1〕</sup>此后,在罗马法学家们代代相传、孜孜以求的努力下,不同的法源和不同的体系结构终于万宗归一,产生了《法学阶梯》这样的鸿篇巨制。公元11和12世纪,西欧的经院主义法学家继续秉承希辩证逻辑这一利器,结合经验和逻辑,将抽象发挥到了极致。然而事与愿违,经院法学家的倾力之作并未能在法律体系化上突破优士丁尼《法学阶梯》;而近代自然法法典编纂运动之初的几部民法典,尚无成熟的理性主义体系化理论的惠泽,也难以超越法学阶梯在体系构造上的辉煌成就。备受瞩目的法国民法典在体例结构上仍然无法跳出法学阶梯的窠臼,从而深深地打上了先辈的烙印。

即使是一手缔造了《德国民法典》的潘德克吞法学派,其研究仍然是从优士丁尼《法学阶梯》体系本身入手的,只不过该学派的研究素材取自学说汇纂。潘德克吞学派深受理性法学派的影响,推崇数学等自然科学的推理方法并在实践中运用了这一方法。他们不再像前人那样墨守成规,而是在批判和发展法学阶梯的基础上,苦心孤诣、别树一帜创建了德国民法典。<sup>〔2〕</sup>

潘德克吞学派的理论虽然在后来的法学中备受指责,并且其代表作——《德国民法典》在体系构造上的严谨性也有溢美之嫌,但它毕竟为我们提供了一套能反映结构体系及各基本原则本质的开创性的方法学。<sup>〔3〕</sup>这种体系构造的方法(并非其构造的体系)本身甫一问世就深入人心,即使在法国本土,其法学家也从未停止过法学阶梯体系的批判。法国学者勒内·达维德甚至断言,如果法国民法典不是完成于1804年,而是在一个世纪后与德国民法典同时问世的话,它就完全可能与德国民法典相同。<sup>〔4〕</sup>随着后继者对潘德克吞式体系的丰富和发展,一部严谨科学的法典所带来的诱惑不可抗拒。

作为后世立法楷模,《法国民法典》和《德国民法典》虽然在体系形式上分别代表着两种模式,但它们实质上都源自优士丁尼《法学阶梯》。可以说,每一个在体系结构上有其特色的民法典,都建立在对先前民法典之体系结构进行批判性继承的基础之上。纵观各国民法典,结构形式上虽然各有千秋,但事实上皆有共同的深层历史渊源可循。因此,建构一部具有大家风范的民法典,重要的是吸收和创建法典构造方法,而不应停留于表层分歧做一些肤浅和无谓的争

〔1〕 关于体系化在法学研究和立法、司法实践中体现的更为具体的意义,请参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年修订版,第33~34页。

〔2〕 参见薛军:“民法典编纂的若干理论问题研究”,载《清华法律评论》(第二辑),清华大学出版社1999年版。

〔3〕 参见薛军:“民法典编纂的若干理论问题研究”,载《清华法律评论》(第二辑),清华大学出版社1999年版。

〔4〕 参见〔日〕大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第117页。

辩,不应一味简单模仿范式法典的外在形式,否则难免留下画虎类犬的笑柄和买椟还珠的遗憾。有鉴于此,我认为,在设计我国未来民法典的体系结构时,一方面我们应该清醒地认识到概念法学体系无法到达“逻辑自足性”,另一方面我们也应该承认逻辑演绎作为一种建构方法在法典体系化中所起的重要作用。因此,在对法典体系进行建构时,选择一种到目前为止较为科学、成熟的逻辑结构方法乃是首当其冲的问题,笔者认为,已被大陆法各国学说和立法所普遍的承认和采用的概念构成和位阶结构之方法,即“提出公因式”的方法可堪采用。

### 三、范式法典之详考

事实上,历史上任何一次成功的法典体系化都借助概念构成这一逻辑工具对前人的经典体系进行扬弃从而自成一家,换言之,一部优秀的法典必然是继承性和创造性的完美结合。可以说,这种建立在经验和理论相结合基础上的建构方法,一方面可以使我们借鉴已经成熟的概念构成和体系结构的理论,免却重复建构之苦,另一方面也能使我们通过权衡他国民法典在体系构造方面的得失,认识其逻辑建构上的不足和谬误,从而为构建一个更为科学的法典体系提供经验教训。正是基于此种目的,我在下文中选择了几个在体系结构上颇具特色的民法典作为解析的对象,以期对我国未来民法典体系之建构有所启示。

#### (一)法国民法典

《法国民法典》直接师承《法学阶梯》,在对其结构不合理之处稍事裁减增删后,创立三编制结构:人和家庭;财产和财产权;取得财产的各种方法。下面试就法国民法典的体系结构特征进行分析。

##### 1. 关于序编<sup>[1]</sup>

法国民法典是形式序编的鼻祖与典型。其序编不分节,共6条,涉及法律效力、裁判规则、基本原则三个问题。法律效力包括前3条,分别就生效时间、法律的溯及力以及法律对任何不动产的效力作出了规定。第4条和第5条是关于裁判规则。第6条则概括规定了民法的基本原则——公序良俗,与意思自治、权利行使的关系。在第三卷的契约编中第1108条和第1133条对该原则的具体适用作出了规定。

[1] 关于序编,有形式序编与实质序编两种立法体例。形式序编是指在法典首编前独立另设序编;实质序编是指包含在首编之中(通常由首编开宗明义的规定)实际上起了序编的作用的若干技术性规定。序编在法典体系中发挥着不可或缺的作用,大多数大陆法系国家,无论是德国式还是法国式,在其法典中都运用了这一立法技术。笔者目前所知的无序编的民法典只有德国、日本、埃塞俄比亚、魁北克四例。

## 2. 关于总则的缺失

《法国民法典》在体系上不设总则,与其说是法典编纂技术上没有认识到总则在体系建构上所起的提纲挈领、统摄全局的作用,不如说是民法本身的实体法律制度准备不足而无设立总则的必要。《法国民法典》制定前后,学理上还没有对法律事实和法律行为作出自觉的区分。<sup>[1]</sup>另外,在民事主体方面法人制度尚付阙如,因此还谈不上从自然人和法人之上再抽象出“人”这一法律拟制概念。与此相联系的是,家庭法和自然人法被放在人法一编中,但家庭法强行植入人法之中显得格格不入。当然,假使当时《法国民法典》就上述问题做好了理论准备,我们也不能因此而断言《法国民法典》的总则就呼之欲出了。因为总则纯为数学推理和逻辑演绎家街道法学之树所结出的硕果,而这一抽象思维的产物本身就难以自圆其说。事实证明,即使是包罗着这些制度的《瑞士民法典》和晚近其他一些国家的民法典,也未设总则一编。<sup>[2]</sup>

## 3. 关于家庭法问题

《法国民法典》未将家庭法独立成编。这一方面是因为法国大革命的精神是追求消灭所有的中间团体(*corps intermédiaires*),以使个人从包括家庭在内的团体中解放出来;另一方面则是因为1804年的法典乃以财产法为核心(这完全从第二编和第三编的编名中得到体现)。于是,法典将有关家庭财产的制度(如婚姻财产制度和继承法)当作财产取得的问题而置于“取得财产的不同方法”名下。“纯粹”的家庭法(即亲属关系法)也就不得不错误地依附在“人法”一编。

## 4. 关于知识产权问题

《法国民法典》制定之时,知识产权尚未提上立法日程,所以民法典对此未作规定不足为怪。此类以《法国民法典》为首及其追随者所确立的立法模式隐含着一个结论,即在采用有体物和无体物一体主义的前提下,知识产权作为无体物而被规定在物权中是可能的。<sup>[3]</sup>尽管从无形财产权产生之时起,关于无形财产权性质的争论就没有停止过,但是法国的主流观点认为无形财产权和所有权之间存在巨大差别,承认无形财产权是区别于债权的一种排他性的支配权。因此,尽管《法国民法典》中未对知识产权作出直接规定,但其民法体系包含和物权性质有着共同之处的无形财产权。对此,法国学者指出,多数情况下,

[1] 转引自徐涤宇:“范式民法典与中国民法典的制定”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第17卷),金桥文化出版(香港)有限公司2000年版。

[2] 1900年以后颁布的法典中,有总则的有巴西、希腊等国,无总则的有瑞士、墨西哥、意大利等国。在法国,一直都有总则的支持者和反对者,在德国情况同样如此。请参见[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第83~84页。

[3] 参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第27页注释1。

有形财产整体性地置于单一法律规则的体系内加以调整;而无形财产具有不同的性质,它们只能置于一系列独立的、不同的体系,却不能置于同一法律体系。但各种无形产权形成的不同法律体系,也因为所有无形产权具有共同特征而共同适用一些一般规则。可见,在法国民法体系中,传统物权和无形财产权完全可以构成两个相对独立但又有其共性的财产权类型,他们又共同成为对人权的对立概念——对物权。

#### 5. 第三编的规定杂乱无章

形象一点说,该法典的第三编完全就像一间杂物仓库,各种一时难以在逻辑上分门别类的问题统统充斥其间。澳大利亚学者瑞安对此作出过尖锐的批评,“任何科学的安排方法都不会在一编之中把继承和赠与、契约和侵权行为、婚姻财产、抵押和时效等这些毫不相干的内容都放在‘取得财产的不同方法’之下”。<sup>〔1〕</sup> 民法典的体系是按形式理性构建起来的,这种理性的基础就是概念位阶结构的存在。从这一角度入手,我们可以对法国民法典第三编作进一步分析。

在优士丁尼《法学阶梯》中,物权和债权均放在物的一编中。出于对概念之逻辑体系的追求,《法国民法典》将这一统一性打破了。然而,法典在“提取公因式”问题上存在两处失误。第一,提炼不是以法律关系和权利的性质为标准,提取公因式后结果是“财产及对所有权的各种限制”和第三编“取得财产的各种方法”,这种不纯提炼使得在使物权法独立的同时,债法却未能获得独立地位,只是取得财产的方法之一。由此引发了一系列问题:该编中规定的租赁、委任等债之关系,显然不是取得财产的方法;优先权、抵押和质权明显属于物权的范畴,却被分割对待而置于第三编中。第二,该编中虽然已出现债的概念,但由于没有充分认识到债的性质以及它和各种发生依据之间存在的位阶关系,所以导致了体系的混乱。

#### (二) 德国民法典

《德国民法典》集中体现了潘德克吞学派标签式的深邃、精确和抽象。其概念之精准、逻辑之缜密和体系之严谨令人叹为观止。通见认为:《德国民法典》在形式结构上采纳学说汇纂学派阐发五分法理论。法典分为五编,按演绎式排列。总则中是抽象的原则性的规定,然后对债、物权、亲属、继承等具体的法律关系进行规定。<sup>〔2〕</sup> 对于这种编制体例之得失,下文将一一进行剖析。

〔1〕 [澳大利亚]瑞安:“民法导论”(由楚建摘译),载《外国民法资料选编》,法律出版社1983年版,第33页。

〔2〕 参见谢怀栻:“大陆法国家民法典研究”,载《外国法译评》1994年第4期。



## 1. 关于总则编

《德国民法典》总则编的设立,是哲学、数学和法学相结合的一项崭新的立法成就,但自总则理论发明伊始,法学家从来就未停止过对它的怀疑。毋庸置疑,总则编的存在是有其现实需求和积极意义的。首先,在人法和财产法两部分中,确实存在法律事实、权利的行使等共同问题,从而应当有共同的规则;其次,它使法典中的人身权法和财产构成成为一个有机的整体,由总则予以统摄,克服了法学阶梯式的机械;最后,总则的设立避免或减少了许多重复的规定。

不过,对总则的质疑也言之有理。世界上设总则的民法典屈指可数。在有限的几个总则范例中,总体叙述模式大体遵循着主体—客体—行为的顺序。在规定各种具体权利的各分编中,都要涉及权利的主体(自然人、法人)、权利客体(物、行为、人格利益、智力成果)及连接主体与客体的纽带(法律行为)。拿总则中有关主体的规定来说,法人只是财产权的主体,不能成为亲属法和继承法里的主体,将法人置于总则显然不合逻辑。另外,作为总则之基础的法律行为制度能否有效支持总则理论也是值得怀疑的。总则中关于法律行为的规定,固然既适用于作为债的发生根据之一的合同和设立或移转物权的行为,也适用于单方法律行为,但是法律行为中相当一部分规定不能适用于亲属法和继承法,甚至适用于债法都存在障碍。尤应注意的是,在德国民法典中,物权行为作为债权行为的对应概念共同从属于法律行为这一上位概念,而这一逻辑建构的理论基石——物权行为理论“不但是法律行为制度得以建立的根据之一,而且也是民法总则编得以建立的基础之一”。<sup>[1]</sup>因此,即便如德国这般设计精巧的法律行为制度尚不能与总则相协调,其他绝大部分不承认物权行为理论的范式法典要将法律行为置于总则之中实在是勉为其难。

另外,《德国民法典》将时效、期间的规定置于总则也存在体系上的逻辑障碍。在民法中,时效制度主要适用于关于财产的请求权,而关于人身的请求权,例如配偶之间的同居请求权,无时效规定的适用。<sup>[2]</sup>德国法学家甚至认为,关于“权利的行使”的规定,是权利在司法外得到实现的基础,应该构成诉讼法的附则。总则中关于物的一般规定也是不适当的,因为在债权和其他关于财产的请求权中,物并非其权利的客体,它充其量也只是权利的所谓“标的物”。

## 2. 关于物权法和债法的分离

根据支配权和请求权相区分的理论,债权和物权是不同性质的权利,处于

[1] 参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第65~66页;沈达明、梁仁洁编著:《德意志法上的法律行为》,对外贸易教育出版社1992年版,第16页。

[2] 参见梅仲协:《民法要义》,姚瑞光之序言,中国政法大学出版社1998年版,第3~4页;胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第355~356页。